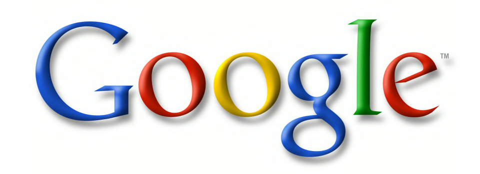


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

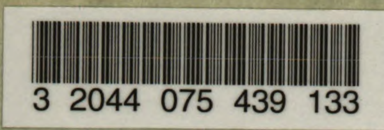
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/


3 2044 075 439 133

WACHTER

GUTE GLAUBE

1-2

1870


GER
911
WAE

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google



Digitized by Google

Pt 1 Germany 654
2 parts

ORDINARIUS

SENIOR UND DIE ÜBRIGEN ORDENTLICHEN PROFESSOREN

DER JURISTISCHEN FACULTÄT

VERKÜNDIGEN DIE

FEIER DES ANDENKENS

AN

DR. JOHANN FRANZ BORN,

WELCHE AM 20. JUN. 1870 VORMITTAG 9 UHR

IN DEM GROSSEN SAALE DER FACULTÄT

STATTFINDEN WIRD.

DER GUTE GLAUBE,
INSBESONDERE BEI DER AUSSERORDENTLICHEN ERSITZUNG DES EIGENTHUMS,
VON DR. CARL GEORG V. WÄCHTER, ORDINARIUS &c.

LEIPZIG,
ALEXANDER EDELMANN,
UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKER.
1870.

HARV-DEP
BK 2005
Digitized by Google

Rec. Mar. 12, 1895.

BK 2005

Digitized by Google

Der gute Glaube,
insbesondere bei der ausserordentlichen Ersitzung des Eigenthums.

Bei einem wichtigen, manche sehr interessante Seiten darbietenden Prozesse, welcher vor neun Jahren begann, kommt es nach seinem jetzigen Stande in der Hauptsache lediglich auf die Frage an, ob eine Dame, Frau v. W., welche vor mehr als hundert Jahren (1765) in den Besitz eines Rittergutes als Intestaterbin des Eigenthümers sich gesetzt hatte, bei ihrem Besitze in gutem Glauben war. Der Beklagte, der jetzige Besitzer des Rittergutes, ist Rechtsnachfolger der Frau v. W. durch Kauf des Gutes von ihren Erbeserben geworden. Fünf Juristenfacultäten unsrer Universitäten haben bis jetzt in der Sache gesprochen. Zuerst kam sie an die Facultät in Göttingen, welche die mala fides der Frau v. W. verneinte und den Kläger mit seiner Klage abwies. Durch die Facultät in Halle wurde dieses Urtheil aufgehoben und dem Kläger der Beweis auferlegt, *dass Frau v. W. bei ihrem Besitze des Gutes in mala fide gewesen sei*, und dieses Urtheil wurde in letzter Instanz des Vorverfahrens von

Digitized by Google

der Facultät zu Berlin bestätigt. — Nach Schluss des hierauf eingeleiteten Beweisverfahrens erging von der Facultät in Tübingen ein Enderkenntniss in erster Instanz (Aug. 1868). In diesem wurde der Beweis der mala fides der Frau v. W. für geführt erachtet und daher erkannt, dass der Beklagte schuldig sei, das Rittergut an den Kläger herauszugeben. — Bei diesem Stande der Sache wurde ich von dem beklagten Theile, welcher appellirt hatte, um ein Gutachten über dieselbe angegangen. Ich übernahm dasselbe, nachdem ich mich aus den Acten überzeugt hatte, dass der Beklagte durchaus in seinem Rechte ist, indem ein Nachweis der mala fides in keiner Weise vorliegt, vielmehr eine Reihe von Thatsachen auf das Entschiedenste dafür sprechen, dass Frau v. W. bei ihrem Besitze in bona fide gewesen sei (ja sogar dass, was von den ergangenen Urtheilen in Abrede gezogen wurde, Frau v. W. wirklich Eigenthümerin des Gutes war, indem ein scheinbar ihr entgegenstehendes Testament wirklich ihrem Rechte nicht entgegenstand). Das Gutachten wurde als Manuscript gedruckt (Febr. 1869); allein ich nahm Anstand, es zu veröffentlichen, bevor nicht wenigstens das Gericht, vor dem die Sache lag, seine Entscheidung gegeben haben würde. Letzteres ist nun erfolgt. Durch Urtheil der Juristenfacultät in Giessen (Febr. 1870) wurde der Beklagte von der Klage entbunden.

Im Folgenden erlaube ich mir, einen der Theile des Gutachtens, welche nach ihrem Gegenstande von einem, nicht blos auf jenen Prozess beschränkten Interesse sind,

Digitized by Google

den die bona fides bei der Ersitzung betreffenden, mit einigen Zusätzen zu geben. Ich bemerke dabei, dass in den Ländern des altsächsischen Rechts (von einem solchen handelte es sich in jener Sache) für die Ersitzung unbeweglicher Sachen überhaupt die Grundsätze der gemeinrechtlichen ausserordentlichen Eigenthumsersitzung gelten, nur dass die bei der Letzteren erforderliche Besitzzeit um ein Jahr und 45 Tage verlängert ist.

---

§ 1. Für den Streit über die Erfordernisse der bona fides ist, wie sich aus dem unten Auszuführenden ergeben wird, die Frage über die Erfordernisse der ausserordentlichen Ersitzung nicht ohne Bedeutung.

Zu der ausserordentlichen Eigenthumsersitzung wird blos ununterbrochener Besitz die betreffende Besitzzeit hindurch und guter Glaube, nicht aber ein justus titulus des Ersitzenden erfordert.

Zwar sind Einige in letzterer Hinsicht anderer Meinung, z. B. Unterholzner Verjährungslehre II. § 178 Nr. 3, Brinz Lehrb. d. Pand. I S. 224 ff. Allein in der cst. 8 C. de praesc. XXX vel XL ann. 7, 39, durch welche Justinian die ausserordentliche Ersitzung einführte, wird zu derselben nichts weiter verlangt, als die Erfordernisse der erlöschenden Verjährung des Anspruchs des Eigenthümers und, was zu dieser erlöschenden Verjährung nicht nöthig war, noch bona fides des Besitzers. Denn sie sagt lediglich, dass, wenn der Besitzer

Digitized by Google

(§ 1) sich in seinem Besitze durch die Einrede des dreissig- oder vierzigjährigen Besitzes schützen könnte, also die erlöschende Verjährung eingetreten sein würde, Demselben, falls er den Besitz bona fide erworben habe, nicht blos diese Einrede, sondern auch, wenn er die Sache später aus seinem Besitze verliere, die rei vindicatio zukommen soll, dass also, wenn zu den Erfordernissen der erlöschenden Verjährung noch bona fides hinzukomme, eine Ersitzung des Eigenthums eintrete[1]. Wer sich daher auf ausserordentliche Ersitzung beruft, hat einen justus titulus für die Besitzerwerbung nicht nachzuweisen, auch nicht anzugeben.

Dies ist auch die in Theorie und Praxis herrschende Ansicht, auch in den Ländern des alten Sächsischen Rechts (das Bürgerl.G.B. des Königreich Sachsen, das am 1. März 1865 in Kraft trat, kennt eine Ersitzung des Eigenthums an Grundstücken nicht). Namentlich sprach sich auch das Oberappellationsgericht zu Dresden in einem Gemeinbescheide (6. Aug. 1836) dahin aus: *Es bedarf von Seiten Desjenigen, welcher das Eigenthum an Grundstücken durch Verjährung erlangt haben will, nicht der Angabe und des Beweises eines besonderen Erwerbs-*

---

[1]) Vgl Fritz in der Giessner Zeitschr. für Civilr. u. Proz. III S. 435 ff. und bes. (gegen Unterholzner) S. 442—453; Schirmer in der von ihm besorgten 2ten Ausg. von Unterholzners Verjährungslehre II § 185 Not. # (gegen Brinz; nu ist Dem nicht beizustimmen, was Schirmer am Schluss der Note über Rechtsirrthum unter Berufung auf v. Scheurl sagt; s. unten 3 § ff.

Digitized by Google

titels in Ansehung des während der Verjährung fortgesetzten Besitzes. Ebenso stimmen auch die in dem oben angeführten Prozesse ergangenen Beweiserkenntnisse hiermit überein, und das Halle'sche fügt seiner betreffenden Ausführung bei: *Die Ansicht einiger Schriftsteller, welche hier einen justus titulus verlangen wollen, muss als eine durchaus irrige bezeichnet werden.*

Aus dem Ausgeführten folgt, dass Alles, was das Röm. Recht über das Requisit des Titels bei der Usucapion bestimmt, auf die ausserordentliche Ersitzung nicht anzuwenden ist, sondern blos auf die ordentliche (auf die usucapio und longi temporis possessio des älteren Röm. Rechts, und im neueren Römischen und in unsrem gemeinen Rechte auf das aus diesen beiden Instituten durch Justinian combinirte Institut der ordentlichen Ersitzung, das man die Justinianische Usucapion nennen kann). Man darf daher auch Das, was die Quellen über den sogenannten Putativtitel sagen[2], nicht auf die ausserordentliche Ersitzung anwenden. Als ein zur Usucapion genügender Titel nämlich gilt bei der ordentlichen Ersitzung auch ein vermeintlicher justus titulus, aber nur wenn der Irrthum, aus welchem der

---

[2] Stintzing *Das Wesen der Bona fid. u. d. Tit.* ꝛc. 1852. S. 89, 97, verwirft die Unterscheidung eines Putativtitels. Mit Recht aber halten Diejenigen, welche seitdem über die Frage geschrieben haben, an ihr fest; s. auch Burckhard in d. Giessn. Ztschr. f. Civ. R. u. Proz. N. F. XXI. S. 309 —. Auf die Frage über das Wesen des Titels, über welche besonders die Abhandlungen von Fitting im Arch. für civ. Prax. N. F. B. I u. II zu vergleichen sind, ist hier nicht näher einzugehen.

Digitized by Google

(§ 2) Ersitzende einen justus titulus für sich zu haben glaubte, ein entschuldbarer, und namentlich wenn er nicht ein Rechtsirrthum war. Da aber zur ausserordentlichen Ersitzung ein Titel nicht erfordert wird, so kann auch das Surrogat des blos zur ordentlichen Ersitzung nöthigen justus titulus — ein auf einem entschuldbaren Irrthum beruhender Putativtitel — nicht ein Erforderniss der ausserordentlichen Ersitzung sein. Es darf daher das Erforderniss der Entschuldbarkeit des Irrthums, welches blos auf den mangelhaften Titel sich bezieht, nicht auf die zur ausserordentlichen Ersitzung nöthige bona fides übertragen werden (§ 3 ff.). Behauptet man das Gegentheil: so würde dadurch das blos der ordentlichen Ersitzung zukommende Requisit eines Titels in anderer Weise auch zu einem Requisit der ausserordentlichen Ersitzung gemacht und auf einem Umwege in die cst. 8 cit. hineingetragen.

§ 2. Der gute Glaube beruht auf der Ueberzeugung von unsrem Recht. Er ist daher nicht blos, wie Einige, namentlich Stintzing a. a. O. S. 120 f. 123 f. behaupten, etwas Negatives, das blose Nichtwissen von Mängeln des Erwerbs der Sache. Wenn die Quellen die bona fides bald negativ, z. B. durch nichtwissen, dass die Sache eine fremde sei, bald positiv, z. B. durch glauben, die Sache gehöre uns oder der Verkäufer sei zum Verkaufe befugt gewesen, ausdrücken (vgl. z. B. D. de V. S. 50, 16 l. 109): so drücken sie offenbar nur die Verschiedenheit der Momente aus, auf welche zunächst, je nach der Beschaffenheit des Falles, der gute Glaube oder

Digitized by Google

die Ueberzeugung des Besitzers von seinem Recht sich stützen kann; in dem negativen Momente aber liegt hier stets zugleich ein positives. Wer eine Sache kaufte und tradirt erhielt, wird, wenn er nichts davon wusste, dass seinem Auctor die Sache nicht gehörte, eben in Folge davon glauben, die Sache rechtmässig erworben zu haben[1].

Auch ist der Begriff der bonae fidei possessio nicht nach der Verschiedenheit der Rechtsinstitute, bei denen sie eingreift, ein verschiedener. Das, was bei dem einen Rechtsinstitute bonae fidei possessio ist, kann bei einem anderen Institute nicht malae fidei possessio sein. Damit ist aber die mögliche Wirkung der bona fides bei einzelnen Instituten nicht zu verwechseln. Wenn ein positives Recht bestimmt, dass bei einem besonderen Falle der bona fides eine gewisse Wirkung eines Instituts ausgeschlossen sei, z. B. dass, wenn die bona fides auf einen nicht entschuldbaren Irrthum sich stütze, sie die betreffende Wirkung nicht habe: so wird dadurch bei jenem Institute der Begriff der bona fides nicht alterirt. So wird Jenes z. B. vom Sächs. Gesetzbuch § 267 in Beziehung auf Ersitzung bestimmt (ob legislativ gut, ist wohl sehr die Frage). Allein dadurch wird in einem solchen Falle nicht das Dasein der bona fides an sich verneint, sondern nur einem Falle derselben eine gewisse Wirkung versagt, wie auch, was den Be-

[1]) S. auch Schirmer in d. Giessn. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XV. S. 214; Windscheid Pand. § 176 Note 3.

Digitized by Google

(§ 2) griff der bonae fidei possessio überhaupt betrifft, das Sächs. GB. § 188 für einen redlichen Besitzer einer Sache Jeden erklärt, „*welcher glaubt, Eigenthümer derselben zu sein,*" ohne irgend von der Art der Gründe dieses Glaubens den Begriff des redlichen Besitzes abhängig zu machen. Jedenfalls aber kann nicht in Abrede gezogen werden, dass wenn das Gesetz von der bona fides überhaupt, ohne eine Beschränkung, gewisse Folgen abhängig macht, dann diese Folgen jeder bona fides zukommen. Es kommt dann nur auf den Begriff der bona fides überhaupt an.

Häufig wird die bona fides dahin bestimmt: sie bestehe in dem Glauben an das Eigenthum und an die Dispositionsfähigkeit des Auctors. Allein diese Definition ist jedenfalls zu eng; es gibt noch andere Mängel des Erwerbsactes, deren Vorhandensein der Erwerber nicht kennen durfte, wenn er in bona fide sein sollte[2].

Früher war es die vorherrschende Ansicht, welche aber auch noch manche Neuere vertheidigen, z. B. v. Keller Pand. § 133, die bona fides des Besitzers bestehe in dem Glauben, Eigenthümer der Sache geworden zu sein. Dass aber auch diese Definition nicht durchaus zutreffend ist[3], ergibt sich schon daraus, dass es Fälle gibt, in welchen auch Dem eine bona fides zugeschrieben wird, welcher weiss, dass er nicht Eigen-

---

[2]) Schirmer a. a. O. S. 229 f.; Burckhard a. a, O. S. 309.
[3]) S. gegen sie besonders Stintzing a. a. O. S. 77 f. vgl. auch Windscheid Pand. § 176 Note 5.

Digitized by Google

thümer der Sache sei, wenn er nur glaubt, berechtigt (§ 2) zu sein, sie durchaus wie eine ihm gehörige zu behandeln und er desshalb den animus rem sibi habendi hat, wenn auch nicht die opinio dominii; D. de noxal. act, 9, 4 l. 28 (Cujacius Tract. ad African., tract. VI ad l. 28 cit.) u. D. pro derel. 41, 7 l. 5 pr. a. E. Allerdings aber wird in der Regel der gute Glaube eines Besitzers darin bestehen, dass er glaubt, Eigenthümer der Sache geworden zu sein, und der unredliche Glaube vorhanden sein, wenn er glaubt, die Sache sei eine fremde, und er sich deshalb nicht für befugt hält, sie sich anzueignen. Desshalb bezeichnen auch die Quellen häufig den Besitz im guten Glauben durch dominii cogitatione possidere, rem existimare suam esse, und die mala fides durch scire oder cognoscere rem alienam esse, intelligere alienum se possidere und dergl.

Dem Richtigen wird der Begriff der bona fides am nächsten kommen, welchen Schirmer und Windscheid aufstellen. Nach Schirmer a. a. O. S. 214 ff, 229 ff. ist der gute Glaube die positive Ueberzeugung, durch die Aneignung der besessenen Sache Niemandem ein materielles Unrecht zuzufügen, und ebenso definirt Windscheid Pand. § 176 den guten Glauben durch *die redliche Ueberzeugung, dass man in der Aneignung der Sache kein materielles Unrecht begehe*, oder als *der Glaube an das Vorhandenseyn aller derjenigen Umstände, ohne welche die Aneignung der Sache Unrecht seyn würde, und das Nichtwissen von dem Vorhandensein derjenigen, durch welche sie Unrecht sein würde.* Ich habe nur das eine Bedenken,

Digitized by Google

(§ 2) ob diese Definitionen nicht in einem Punkte zu eng sind. Es ist, was die erstere betrifft, nicht unmöglich, dass Jemand eine Sache durch ein Delict sich aneignet und bei seiner That das Vorhandensein aller Momente, durch die der Begriff des Delicts bestimmt wird, weiss, aber glaubte, die Handlung sei eine erlaubte. Hier hat er den Glauben, dass er in der Aneignung der Sache ein materielles Unrecht nicht begehe, und doch ist er in mala fide, weil sein Wille bei den ihm bekannten Umständen mit dem objectiven Rechte in directem Widerspruche steht, indem er auf einem Wege die Sache erworben zu haben glaubt, der ihn in der Weise, wie er ihn weiss und sich vorstellt, nach dem bestehenden Rechte gar nicht befugen könnte, sie als die Seinige zu behandeln, und Das, was er wirklich wollte (z. B. eine Sache mit dem Bewusstsein, dass sie eine fremde ist, entwenden), den Thatbestand eines Unrechts bildet [4]. Von der anderen Seite kann es wohl der Fall sein, dass dem Besitzer einer Sache ein Umstand, durch welchen die Aneignung der Sache Unrecht sein würde, bekannt ist und er doch in bona fide sich befindet. Wenn z. B. der Niessbraucher eines Grundstücks in demselben einen Schatz findet und sich den ganzen Schatz aneignet, weil er glaubt, ausser der Finderhälfte gehöre ihm als Niessbraucher auch die andere Hälfte: so ist er bonae fidei possessor der letzteren Hälfte, obwohl er alle hier eingreifende factische Umstände, nach denen diese Aneig-

[4] S. meine Ausführung über den Dolusbegriff im *Gerichtssaal.* XVI S. 66 f.

Digitized by Google

nung unzulässig ist, wohl kannte; er ist in bona fide, weil Das, was er wollte, so wie er es wollte und es sich vorstellte, nicht im Widerspruche mit dem objectiven Rechte steht. Denn er wollte nicht sich Fremdes aneignen und glaubte, auf einem der Wege den Gegenstand erworben zu haben, welcher in der Weise, wie er sich die Thatsachen vorstellte (Erwerb der Früchte durch Perception von Seiten des Niessbrauchers in irriger Anwendung des Fruchtbegriffs) ein Delict nicht sein würde, und desshalb zur Aneignung befugt zu seyn; J. de usucap. 2, 6 § 5, D. e. t. 41, 3 l. 36 § 1. Ferner: Wer Sachen eines Verstorbenen an sich nimmt und sich aneignet, weil er aus Rechtsirrthum sich für den dazu berechtigten Erben hält, indem er glaubt, er gehe als Oheim des Verstorbenen dem Neffen desselben bei der Intestaterbfolge vor, ist Besitzer im guten Glauben, weil er nach seiner durch den Rechtsirrthum bestimmten Vorstellung die Sachen durch gesetzliche Erbfolge erworben zu haben glaubt, also auf einem der Wege, der ihn nach dem bestehenden Rechte wirklich befugen würde, sie als die Seinige zu behandeln; D. de hered. pet. 5, 3 l. 25 § 6 (vgl. auch D. de lib. caus. 40, 12 l. 12 § 3). Zwar stützt sich in diesen Fällen der gute Glaube des Besitzers auf einen Rechtsirrthum; dass aber dadurch das Dasein des guten Glaubens nicht ausgeschlossen wird, wird sich aus § 3 ff. ergeben. Der gute Glaube eines Besitzers besteht in der Ueberzeugung, dass er Eigenthümer der Sache geworden oder wenigstens befugt sei, die Sache durchaus wie

Digitized by Google

(§ 3) eine ihm gehörige zu betrachten und zu behandeln, also, wenn man auch das Letztere durch *Aneignung* bezeichnen darf, die Sache sich anzueignen; nur darf er die Sache nicht auf einem Wege erworben haben, der in der Weise, wie er ihn weiss und sich vorstellt, ein Unrecht bildet.

§ 3. Bei der Frage über das Daseyn der bona fides kommt es auf die Entschuldbarkeit des Irrthums, auf den sie sich stützt, nicht an. Denn der gute Glaube ist lediglich eine Thatsache, deren Existenz nicht von der Art der Gründe, auf denen sie beruht, also auch nicht von der Entschuldbarkeit dieser Gründe abhängen kann, somit auch, wenn sie einmal vorhanden ist, nicht durch die Art des Irrthums, aus dem sie hervorgeht, sei er noch so unentschuldbar, ausgeschlossen werden kann.

Es ist eines der Verdienste Savigny's, in seiner Entwicklung der Lehre vom Irrthum (System B. III § 115 § 135 ff, ferner S. 363 ff Beil. XII und bes. S. 440 ff. Beil. XXXIV) nachgewiesen zu haben, dass bei der Frage über die Bedeutung des Irrthums für die Rechtsverhältnisse zwei wesentlich verschiedene Kategorieen des Irrthums unterschieden werden müssen (er bezeichnet sie durch echten und durch unechten Irrthum, Bezeichnungen freilich, bei denen es sich fragen lässt, ob sie gerade treffend gewählt sind) und auch von unsren Rechtsquellen unterschieden werden. Die erstere Kategorie ist, wenn der Irrthum für den Irrenden Bestimmungsgrund zu einer Handlung war und nun die Frage entsteht, ob ein solcher Irrthum geeignet sei, die

Digitized by Google

regelmässigen Folgen, welche die Handlung an sich nach dem bestehenden Rechte hat, für den Irrenden auszuschliessen (echter Irrthum). Soll einem solchen Irrthum in den wenigen Verhältnissen, in welchen er überhaupt vom Rechte berücksichtigt wird, diese Berücksichtigung zukommen: so muss er ein entschuldbarer sein, was namentlich der Rechtsirrthum in der Regel nicht ist.

Die zweite Kategorie, der unechte Irrthum, ist, wenn der Irrthum blos ein Erkenntnissgrund eines nach einer gewissen Richtung mangelnden oder vorhandenen Willens ist, wie in den Fällen von D. de aqua 39, 3 l. 20, de judic. 5, 1 l. 2 pr., de jurisdict. 2, 1 l. 15. In diese Kategorie gehört namentlich auch der Fall der bona fides. Wenn Jemand eine Sache in seinen Besitz genommen, also, was im Begriffe des Besitzes liegt, sich angeeignet hat, er sich aber über einzelne Thatsachen, durch welche die Unrechtmässigkeit seines Besitzes objectiv begründet wird, in einem Irrthum befand, sei es, weil er ihren factischen Bestand nicht kannte oder weil er ihre juristische Bedeutung irrig auslegte: so ist hieraus zu erkennen, dass sein Wollen nicht auf Unrechtmässiges gerichtet war, dass also die Thatsache der mala fides nicht vorliegt, sondern dass er das Rechtmässige wollte, in seinem Rechte zu sein glaubte, dass also die Thatsache der bona fides vorhanden ist. Die Existenz dieser Thatsache aber, also die bona fides, kann dadurch, dass der Irrthum, aus dem das Wollen des Rechtmässigen zu erkennen ist, ein mehr oder minder entschuldbarer oder ein un-

Digitized by Google

(§ 3) entschuldbarer war, nicht geändert oder beseitigt werden, so wenig als überhaupt etwas wirklich Daseiendes desshalb und dadurch ein nicht Daseiendes sein kann, weil es aus diesem oder jenem Grund als ein Daseiendes sich ergab. Nicht das Dasein der bona fides, sondern nur ihre rechtlichen Wirkungen könnten von der Entschuldbarkeit des Irrthums abhängen; denn das Gesetz könnte gewisse rechtliche Wirkungen der bona fides durch eine solche Entschuldbarkeit bedingen; es kann aber nicht das Dasein eines Factums von den Gründen oder der Art seiner Entstehung abhängig machen.

Wenn nun in gewissen Fällen das Gesetz nur von dem Dasein der bona fides überhaupt, also lediglich von dem Vorhandensein dieser Thatsache eine rechtliche Wirkung abhängig macht, wie unser Recht unter Anderem die ausserordentliche Ersitzung des Eigenthums von dem Dasein der bona fides überhaupt abhängig macht, also zum Eintritt der betreffenden Wirkung nur das Factum der bona fides erfordert: so ist eben damit ausgesprochen, dass die betreffende Wirkung eintreten soll, mag jenes Factum auch durch nicht entschuldbare Momente, namentlich durch einen Rechtsirrthum, zum Dasein gekommen seyn. Es kommt dann blos auf jenes Dasein an.

Dass damit auch unsre gemeinrechtlichen Quellen übereinstimmen, ergibt sich schon daraus, dass sich in ihnen keine Stelle findet, in welcher ausgesprochen oder angedeutet wäre, bona fides sei nicht vorhanden,

Digitized by Google

wenn der Betreffende unentschuldbar irrte, dass ferner (§ 3) **keine** Stelle sagt oder andeutet, der Glaube, berechtigt zu sein, sei dann mala fides, wenn er sich auf einen unentschuldbaren Irrthum, namentlich auf einen Rechtsirrthum stütze. Es ergibt sich dies aber auch noch daraus, dass die Römischen Quellen bei wirklich unentschuldbarem Irrthum doch das Dasein einer bona fides anerkennen, eben weil die durch den Irrthum bestehende Thatsache durch die Art ihrer Entstehung nicht eine nichtbestehende sein oder werden kann.

Es war z. B. gewiss ein unentschuldbarer Rechtsirrthum, wenn ein Römer, welchem der Niessbrauch einer Sklavin zustand, glaubte, ihm als Niessbraucher gehöre auch das Kind der Sklavin, und er in diesem Glauben es veräusserte, und doch wird dieser Fall unter den Fällen angeführt, in welchen Jemand eine Sache *bona fide tamquam suam alienaverit;* J. de usucap. 2, 6 § 5 vgl. mit § 4, s. auch D. e. t. 41, 3 l. 36. Ebensowenig entschuldbar war der Rechtsirrthum, wenn ein Agnat, während er wusste, dass ein näherer Agnat vorhanden sei, in Unkenntniss der Erbfolgeordnung glaubte, dass er diesem vorgehe, und doch wird von einem Solchen gesagt, dass sein Rechtsirrthum den Dolus, also die mala fides ausschliesse; D. de her. pet. 5, 3 l. 25 § 6: *Scire ad se non pertinere* (*hereditatem*) *utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is, qui in jure erravit? Putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat, vel cum eum alius praecederet agnatus, sibi potius deferri. Et non puto hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in jure*

Digitized by Google

(§ 4) *erret.* Vgl. auch Savigny Syst. III S. 388, 396 ff, S. 401.

§ 4. Diese Frage ist freilich sehr bestritten. Es wird sich aber nachweisen lassen, dass die Gründe, aus welchen von Vielen das Dasein der bona fides von der Entschuldbarkeit des Irrthums, auf den sie sich stützt, abhängig gemacht wird, keineswegs geeignet sind, ein solches Resultat zu beweisen. Diese Gründe, welche bald von dem einen, bald von dem anderen Civilisten geltend gemacht werden, sind hauptsächlich folgende:

1. Man beruft sich auf Das, was die Quellen über Entschuldbarkeit des Irrthums bei der ordentlichen Ersitzung (Usucapion) festsetzen. Allerdings legen bei dieser die Quellen dem unentschuldbaren Irrthum einen hindernden Einfluss bei und zwar in der Weise, dass der Rechtsirrthum stets und unbedingt die ordentliche Ersitzung ausschliesse; D. de usurpat. l. 31 pr. *Nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest*, l. 32 § 1 a. E. *quia in jure erranti non procedat usucapio*, de jur. et facti ign. 22, 6 l. 4 *juris ignorantiam in usucapionibus negatur prodesse.* Man muss aber bei der ordentlichen Ersitzung ihre zwei Requisite justus titulus und bona fides, genau auseinanderhalten. Dass bona fides, wenigstens bei der Erwerbung des Besitzes, zu einer Ersitzung erfordert wird, ist sehr natürlich. Wirkliche Unredlichkeit soll nicht durch lange Dauer des in solcher Weise erworbenen Besitzes zu einem Rechte an der Sache führen. Dabei aber stützt sich die Usucapion wesentlich auf eine formell rechtmässige Er-

Digitized by Google

werbung der Sache. Diese justa causa wird nicht, wie Viele, selbst Savigny Syst. III S. 371 f. u. Windscheid Pand. § 178 i. A. u. Nt. 8, annehmen, als Rechtfertigungsmoment der bona fides erfordert (s. auch Stinzing Das Wesen von bona fides S. 58 f. 62 f.); sondern sie ist die selbständige Grundlage der ordentlichen Ersitzung. Wer eine Sache auf eine solche formell rechtmässige Weise in Besitz bekommen habe, soll, falls er auch dadurch nicht Eigenthümer geworden sein sollte, jedenfalls durch Usucapion Eigenthümer werden, wenn er bei der Erwerbung nicht in mala fide war und die Sache eine gewisse, verhältnissmässig kurze, Zeit ununterbrochen in Besitz hatte. Hiernach darf man Dem, was die Quellen von dieser rechtmässigen Erwerbung verlangen, keine Beziehung auf das Daseyn der bona fides geben. Bei diesem Requisit des justus titulus fragt es sich nämlich, ob ein Mangel an demselben durch einen Irrthum des Besitzers unschädlich gemacht werde, ob also die regelmässige Folge, welche der Mangel eines justus titulus für die Usucapion haben würde (Ausschliessung der Usucapion), durch einen Irrthum, in welchem der Besitzer über diesen Mangel sich befand, beseitigt werden könne, somit der sog. echte Irrthum zu berücksichtigen sei, ob einem blosen Putativtitel die Wirksamkeit eines wirklichen justus titulus zukomme. Diese Frage bejahen die Quellen, wenn der Irrthum ein entschuldbarer factischer ist; D. pro emtor. 41, 4 l. 11 vgl. mit pro suo 41, 10 l. 5 § 1, de usurp. 41, 3 l. 44 § 4 a. E.; sie verneinen sie aber, wenn der

Digitized by Google

(§ 4) Irrthum ein Rechtsirrthum ist, mag er, was von den Gegnern nicht gehörig beachtet wird, unter den vorliegenden Umständen entschuldbar sein oder nicht; s. die S. 18 angeführten l. 31 pr., l. 32 § 1, l. 4, u. D. pro emtor. 41, 4 l. 2 § 15.

Diese Stellen, wie auch die von Windscheid a. a. O. Nt. 1 angeführten, beziehen sich hiernach blos auf die Bedeutung des Rechtsirrthums für den titulus, in keiner Weise auf die Bedeutung desselben für den Begriff und das Dasein der bona fides. In keiner Stelle der Quellen, wir wiederholen es, ist Begriff und Dasein der bona fides von der Art oder Richtung des Irrthums, auf den sie sich stützt, abhängig gemacht. Nirgends finden wir eine Hindeutung darauf, dass bei einem unentschuldbaren Irrthum, z. B. wenn der Käufer den Auctor aus blosem Rechtsirrthum für veräusserungsfähig hält, der vermeintliche Testamentserbe das Testament aus grobem Rechtsirrthum für gültig hält, der Niessbraucher der Sklavin Eigenthümer der zur Zeit seines Niessbrauchs geborenen Kinder derselben zu seyn vermeint, es am guten Glauben fehle. Namentlich deutet etwas der Art auch keine der angeführten Stellen an; gerade die l. 31 pr. de usurp. cit. erläutert ihren Ausspruch, dass bei der Usucapion dem Besitzer niemals der Rechtsirrthum zugute komme, durch ein Beispiel, das blos auf den Titel sich bezieht, und verneint keineswegs die bona fides. Ebenso wird auch in anderen Stellen die Beziehung des Irrthums auf den Titel genau in der oben begründeten Weise von der auf die bona fides

Digitized by Google

getrennt. So z. B. in l. 27 de usurpat. Diese spricht (§ 5) den Grundsatz des früheren Röm. Rechts, einen blosen Putativtitel niemals für einen justus titulus gelten zu lassen, dahin aus, dass der blose Glaube, eine Sache sei uns geschenkt oder vermacht u. s. w. worden, nicht zur Usucapion hinreiche, indem weder pro legato noch pro donato u. s. w. usucapirt werden könne, wenn nicht eine wirkliche Schenkung, ein wirkliches Legat u. s. w. vorgelegen habe; aber sie sagt dabei in den Worten: *cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem* ganz klar, dass bei einem solchen Glauben (überhaupt, also ohne Beschränkung auf Entschuldbarkeit) bona fides vorhanden sei.

§ 5. 2. Häufig beruft man sich noch auf die allgemeinen Grundsätze über Irrthum, aus welchen, weil die bona fides auf einem Irrthum beruhe, sich ergeben soll, dass nur entschuldbarer Irrthum berücksichtigt werde, z. B. Burckhard Begriff und Beweis der bona fides ꝛc. in der Giessner Zeitschr. f. Civilr. und Proz. N. F. XXI S. 327 ff S. 337. v. Vangerow Pand. § 321 Anm. 1 Nr. 3. Nur sind Diejenigen, welche sich auf diese allgemeinen Grundsätze berufen, darüber verschiedener Ansicht, ob, sofern es sich von einem Erwerbe handle, beim Rechtsirrthum jede Berücksichtigung desselben, also auch die des an sich entschuldbaren, ausgeschlossen sey (so z. B. v. Vangerow) oder ob nur der an sich unentschuldbare nicht berücksichtigt werde (so die Meisten).

Allein gerade die allgemeinen Grundsätze über Irrthum sind es, welche auf die S. 14 f. angeführte Unter-

Digitized by Google

(§ 5) scheidung zwischen dem sogenannten echten und unechten Irrthum und darauf führen, dass es bei der Bedeutung des letzteren auf die Frage über Entschuldbarkeit nicht ankommen kann; der Irrthum aber, aus welchem die bona fides zu erkennen ist, gehört zu dem sog. unechten (S. 15, 19).

Was aber die allgemeinen Aussprüche in l. 7 l. 8 l. 9 pr. D. de jur. et fact ignor. 22, 6 betrifft: so herrscht bekanntlich über die Bedeutung, welche man ihnen zu geben hat, in der Doctrin die grösste Meinungsverschiedenheit. Sie enthalten Abstractionen, welche die Römischen Juristen aus einzelnen Fällen, auf die sie ganz gepasst haben mögen, machten, aber, wie so manche ihrer regulae juris, so allgemein fassten, dass, wie nun auch v. Vangerow Pand. § 83 (6. und 7. Ausg.) ausführt, Vieles in sie hineingetragen werden müsste, wenn sie practisch brauchbar seyn sollten. Ueberdies aber sprechen sie, was für die vorliegende Sache entscheidend ist, nur vom echten, nicht vom unechten Irrthum, wie auch Vangerow zugibt. Zwar scheint er es in § 321 Anm. 1 Nr. 3 zu verneinen, indem er sagt: *Die bona fides beruht auf einem Irrthum und da entspricht es denn vollkommen den allgemeinen Grundsätzen, dass nur entschuldbarer Irrthum berücksichtigt wird, und da hier* (dei der Ersitzung) *überdies die Wirkung des Irrthums die sein würde, dass für den Irrenden ein eigentlicher Gewinn entsteht, so muss man nach allgemeinen Grundsätzen noch weiter gehen, und diejenige bona fides, die auf einem Rechtsirrthum beruht, sollte derselbe noch so entschuldbar seyn, als für die*

Digitized by Google

Usucapion (auch nach § 325 Nr. 2 für die ausserordentliche) *ungenügend anerkennen.* — Hiernach würde die bona fides ein Fall des echten Irrthums sein; denn nur bei diesem kann es, wie auch Vangerow annimmt, auf Entschuldbarkeit ankommen. Allein aus Dem, was Vangerow in § 83 Anm. 1 Nr. III. über den sog. unechten Irrthum ausführt, ergibt sich, dass er zu den Fällen des unechten Irrthums doch den der bona fides zählt. Denn er zieht dort aus der Natur des unechten Irrthums die richtige Consequenz, dass *offenbar derjenige, welcher in grobem Rechtsirrthum sich für den Erben hält, ungeachtet des unentschuldbaren Irrthums nicht als bösgläubiger Besitzer behandelt werden kann;* er sagt ferner von den Römischen Quellen: *Während in allen übrigen Fällen stets zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum unterschieden wird, kommt in den Fällen des sog. unechten Irrthums nicht nur keine Spur einer solchen Unterscheidung vor, sondern es wird vielmehr öfters ausdrücklich hervorgehoben, dass auch Rechtsirrthum d. h. unentschuldbarer Irrthum berücksichtigt werde,* und dafür führt er namentlich die oben angeführten l. 25 § 6 de her. pet. und l. 36 § 1 de usurp. an.

§ 6. 3. Auch v. Scheurl kommt, nur auf einem anderen Wege, in seinen Beiträgen zur Bearbeitung d. Röm. R. II § 22, S. 79 ff zu einem Resultate, nach welchem durch einen unentschuldbaren Irrthum auch die ausserordentliche Ersitzung ausgeschlossen würde. Zwar erklärt er es für an sich sehr richtig, wenn Savigny (Syst. III S. 371) sage, die Nothwendigkeit besonderer Eigen-

Digitized by Google

(§ 6) schaften des Irrthums beziehe sich nicht auf die bona fides, sondern auf den justus titulus; er erkennt ferner an, dass die Redlichkeit des Erwerbes *offenbar von besonderen Eigenschaften des Irrthums, auf dem sie beruhe, ganz unabhängig* sei, und dass nur, insofern die Mangelhaftigkeit des zunächst die Usucapion begründenden Titels durch den ihn für vollgültig ansehenden Irrthum des Usucapienten ergänzt werden solle, dieser Irrthum die Eigenschaft der Entschuldbarkeit haben müsse, indem dazu die Redlichkeit des Erwerbes an sich noch nicht genüge. Allein er erklärt, die Folge, welche Savigny jenem Satze gebe, — dass nämlich bei der ausserordentlichen Ersitzung, in welcher der dreissigjährige Besitz den Titel ersetze und entbehrlich mache, mithin die bona fides als einziges Erforderniss bei dem Anfange des Besitzes übrig bleibe, der Rechtsirrthum nicht hinderlich sei — nicht zugeben zu können. Um dies aber zu beweisen musste er S. 80, 81 einen Gedanken in die cst. 8 de praescript. XXX ann. hineintragen, der in der That aus derselben nicht entnommen werden kann, das Erforderniss eines, wenn man so sagen kann, gewissen Putativtitels auch zur ausserordentlichen Ersitzung. Er glaubt, der Gedankenzusammenhang Justinians gehe dahin: *der Umstand, dass Jemand 30 Jahre in dem Besitze einer Sache sich behauptet hat und seine Behauptung, mit redlichem Bewusstsein zu dem Besitze gelangt zu sein, wenigstens nicht widerlegt werden kann, begründet eine starke Vermuthung dafür, dass er mit einem rechtsgültigen Titel sie erworben habe, und lässt es mithin als billig*

Digitized by Google

erscheinen, den ohnehin meist jetzt nur schwer zu erbringenden Beweis dieses Titels zu erlassen. Es soll also bei ihm zur Begründung der Ersitzung genügen, dass er sich auf die Redlichkeit seines Besitzanfangs beruft, während er bei der ordentlichen Usucapionszeit auch noch einen bestimmten Titel angeben müsste. Man darf folglich auch bei der ausserordentlichen Ersitzung nicht sowohl sagen, sie sei eine Ersitzung o h n e *jeden auch nur scheinbaren Titel — dadurch würde sie sich zu weit von der ordentlichen Usucapion entfernen — als vielmehr, sie sei eine Ersitzung, wobei nach dem Titel nicht gefragt werde. Hieraus folgt dann, dass, wenn bei ihr doch der Titel zur Sprache kommt, indem etwa der Gegner des angeblichen Ersitzers nachweist, auf welche Weise derselbe in den Besitz der Sache gekommen sei, alsdann die wirkliche Beschaffenheit keineswegs gleichgültig ist, und namentlich, wenn sich aus den Verhandlungen darüber ergibt, dass der vermeintliche Ersitzer sich nur aus Rechtsirrthum über die Mangelhaftigkeit desselben hinweggesetzt habe, dieses ebenso die Abweisung seiner Eigenthumsklage zur Folge haben muss, wie wenn es sich um eine Usucapion handelte.* (§ 6)

Allerdings kann auch bei der ausserordentlichen Ersitzung der Titel zur Sprache kommen, wenn der Gegner Dessen, der sich auf Ersitzung beruft, die mala fides Desselben beweisen will, indem aus der Art und Weise, wie der Letztere zu seinem Besitze kam, und aus dem Glauben, in welchem sich Derselbe dabei befunden haben musste, ein solcher Beweis in Betreff der F i d e s nach Umständen geführt werden kann. Allein dass die

Digitized by Google

(§ 6) ausserordentliche Ersitzung sich auf eine starke Vermuthung für einen justus titulus des Ersitzenden stützen soll, und dass, wenn aus den Verhandlungen über den Titel sich ergebe, der Besitzer habe sich nur aus Rechtsirrthum über die Mangelhaftigkeit seines Titels *hinweggesetzt* (von Hinwegsetzen über einen Mangel kann man bei einem Mangel, den man nicht kennt, doch wohl nicht sprechen), gegen ihn zu erkennen sei, wie wenn es sich um eine Usucapion handelte, dies läst sich in der That aus der in dieser Hinsicht ganz klaren cst. 8 in keiner Weise entnehmen. Es würde dadurch in sie gewissermaassen das Erforderniss eines Putativtitels für die ausserordentliche Ersitzung hineingetragen und diese dadurch der ordentlichon Ersitzung in einem der Letzteren eigenthümlichen Momente bis auf einen gewissen Grad gleichgestellt. Der dreissigjährige Besitz soll nach der cst. 8 cit. bei der ausserordentlichen Ersitzung jeden Titel ersetzen; der Gesetzgeber will also, dass sie darin (und in Beziehung auf die Ersitzbarkeit der Sache), also so weit sich von der ordentlichen *entferne*. v. Scheurl gibt S. 81 zu, dass ein solcher Besitzer, bei welchem sich ergibt, dass er sich nur aus Rechtsirrthum über die Mangelhaftigkeit seines Titels hinweggesetzt habe, d. h. welcher aus Rechtsirrthum die Mangelhaftigkeit nicht kannte, gleichwol *ein redlicher Besitzer sein kann.* Damit ist aber Alles zugegeben, was die cst. 8 zur ausserordentlichen Ersitzung fordert. Wenn aber v. Scheurl weiter sagt: *Aber die blose Redlichkeit des Besitzers kann für sich allein nie zum Eigenthumserwerb*

Digitized by Google

verhelfen gegen die allgemeine Regel der l. 4 de jur. et fact. (§ 7)
ignor. (oben S. 18) und gegen die noch allgemeinere der l. 7 eod. (juris ignorantia non prodest adquirere volentibus), deren allgemeine Gültigkeit gewiss mit Unrecht beanstandet wird: so verhilft ja bei der ausserordentlichen Ersitzung nicht die blose Redlichkeit des Besitzers zum Eigenthumserwerb, sondern die Redlichkeit in Verbindung mit dreissigjährigem Besitz. Die *allgemeine Regel* der l. 4 cit. aber bezieht sich lediglich auf die ordentliche Ersitzung (*in usucapionibus etc.*) und die Regel der l. 7 gehört eben zu den S. 22 besprochenen Regeln.

§ 7. 4. Auch die Facultät zu Berlin (ob. S 4) spricht sich für die Ansicht aus, dass ein Rechtsirrthum zur Begründung der bona fides keineswegs unbedingt genüge, und behauptet, dass auch bei der ausserordentlichen Ersitzung die Entschuldbarkeit des Irrthums ebenso wie bei der ordentlichen erfordert werde, *da in cst. 8 de praescript. XXX. ann. und cst. un. § 2 de usuc. transf. 7, 31 das Erforderniss der bona fides für die ordentliche und ausserordentliche Verjährung in einer so unmittelbaren Verbindung ausgesprochen ist, dass die Annahme kaum möglich ist, es sei dabei eine wesentlich verschiedene Beurtheilung derselben bei den beiden Verjährungen beabsichtigt.*

Allein das Urtheil unterliess es, hier zwei Fragen zu trennen, welche wesentlich getrennt werden müssen. Darüber kann allerdings kein Zweifel sein, dass Begriff und Erfordernisse der bonae fidei possessio bei den verschiedenen Ersitzungsarten nicht verschieden sein kön-

Digitized by Google

(§ 7) nen. Was in dem einen Fall bona oder mala fides ist, muss es auch in dem anderen sein, und so ist daher dem Urtheile durchaus zuzugeben, dass, was bei der ordentlichen Ersitzung zur bona fides erfordert wird, auch bei der ausserordentlichen zu ihr nöthig ist, dass also die cst. 8 cit. bei der ausserordentlichen Ersitzung von derselben bona fides spricht, von welcher die von der Usucapion handelnden Stellen sprechen. Eine ganz andere Frage aber ist es, ob das Dasein der bona fides von der Entschuldbarkeit des Irrthums, auf den sie sich stützt, abhänge. Dass diese Frage entschieden zu verneinen ist und zwar sowohl bei der ordentlichen, als bei der ausserordentlichen Ersitzung, da die bona fides bei beiden Ersitzungsarten nicht etwas Verschiedenes sein oder von verschiedenen Requisiten abhängen kann, dies wird durch das oben Ausgeführte nachgewiesen sein.

Das Berliner Urtheil fügt seiner angeführten Ausführung über das vermeintliche Erforderniss der Entschuldbarkeit des Irrthums noch bei, dass demselben die l. 25 § 6 de hered. pet. (oben S. 17) nicht widerspreche, *weil sie überhaupt nicht von der Verjährung redet, sondern nur sagt, dass bei der hereditatis petitio der im Rechtsirrthum Besitzende nicht als praedo behandelt werden soll, was offenbar auf einem anderen Principe beruht.*

Auf welchem anderen Principe dies beruhen soll, sagt das Urtheil nicht; auch wird es schwer oder vielmehr unmöglich sein, ein solches Princip nachzuweisen. Sollte das Urtheil etwa gemeint haben, dass die Entscheidung der Stelle darauf beruhe, weil es in den Fäl-

Digitized by Google

len der l. 25 § 2 ff sich nicht von Gewinn, sondern von Vermeidung eines Schadens handle, und daher der § 6 nur sagen wolle, in einem solchen Falle werde die bona fides durch unentschuldbaren Irrthum nicht ausgeschlossen: so würde Doppeltes zu entgegnen sein, einmal, dass Begriff und Dasein der bona fides nicht von den Folgen abhängen kann, welche das Gesetz der bona fides beilegt, ferner, dass der § 6 der l. 25 lediglich den Begriff der bona und mala fides überhaupt bestimmen will; denn es ergibt sich klar aus der Stelle, dass sie, wie auch das im ersten Verfahren ergangene Göttinger Urtheil richtig hervorhebt, zunächst und ohne Rücksicht auf die möglichen Folgen der Fides blos die Frage beantworten will, ob ein Besitzer einer Erbschaft dann in mala fide sei, wenn er aus einem blosen Rechtsirrthum sich für den zur Erbschaft wirklich Berufenen hielt; diese Frage aber verneint sie ganz allgemein und unter Anführung eines Beispiels, in welchem der Rechtsirrthum unzweifelhaft ein an sich unentschuldbarer war (s. oben S. 17); sie erklärt also, dass überhaupt bona fides nicht ausgeschlossen werde, auch wenn der Irrthum, auf welchen sie sich stützte, ein Rechtsirrthum, selbst ein an sich unentschuldbarer Rechtsirrthum sei. (§ 7)

Mit dem in dem Vorstehenden begründeten Resultate und insbesondere damit, dass die bona fides durch Entschuldbarkeit des Irrthums, auf den sie sich stützt, nicht bedingt sei, stimmt namentlich auch ein interessantes Urtheil des Obertribunals in Stuttgart (1856) in Seufferts Archiv ꝛc. XI Nr. 17a überein; vgl. auch

Digitized by Google

(§ 7) ein Urtheil des O. App. Ger. in Kiel (1861) in dems. Archiv. XV, Nr. 3.

Doch, ich muss die Fortsetzung auf das nächste Programm verschieben und auf die Veranlassung des vorliegenden Programms übergehen.

Wir begehen nämlich in den nächsten Tagen die Feier des Andenkens an einen, um unsere Universität verdienten, eifrigen Gönner der Wissenschaft, an

Dr. JOHANN FRANZ BORN,

weiland Assessor des Oberhofgerichts und Consistoriums zu Leipzig und Stiftsrath des Kapitels zu Wurzen,

welcher zur Unterstützung des Rechtsstudiums ein ansehnliches, von dem Rathe der Stadt Leipzig zu vergebendes Stipendium im Jahre 1723 stiftete. Zu dieser Gedächtnissfeier wird am kommenden 20. Junius Vormittag 9 Uhr in dem Saale unsrer Facultät

Herr Moritz Julius Böhme aus Leipzig,

Studirender der Rechte,

eine Rede *über das Römische Patronatsverhältniss* halten und dem Danke, den wir dem verehrten Stifter zollen, Ausdruck geben.

Wir beehren uns, das Oberhaupt und die Mitglieder der Universität und alle Gönner, Freunde und Angehörige derselben zu dieser Feierlichkeit hiermit ergebenst einzuladen.

Leipzig, am 5. Jun. 1870.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

4638

2 Parts

rt 2

ORDINARIUS

SENIOR UND DIE ÜBRIGEN ORDENTLICHEN PROFESSOREN

DER JURISTISCHEN FACULTÄT

VERKÜNDIGEN DIE

FEIER DES ANDENKENS

AN

DR. JOHANN GOTTHELF MARTINI,

WELCHE AM 28. JUN. 1870 VORMITTAG 9 UHR

IN DEM GROSSEN SAALE DER FACULTÄT

STATTHABEN WIRD.

DER GUTE GLAUBE,

INSBESONDERE BEI DER AUSSERORDENTLICHEN ERSITZUNG DES EIGENTHUMS.

FORTSETZUNG;

VON DR. CARL GEORG v. WÄCHTER, ORDINARIUS ꝛc. ꝛc.

LEIPZIG,

DRUCK VON ALEXANDER EDELMANN,

UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKER.

Digitized by Google

Rec. Mar. 12, 1895.

Digitized by Google

Der gute Glaube,
insbesondere bei der ausserordentlichen Ersitzung des Eigenthums.

(Fortsetzung.)

§ 8. Durch das Bewusstsein des Besitzers einer fremden Sache, zur Herausgabe derselben an einen Dritten persönlich verpflichtet zu sein, wird die zur Ersitzung erforderliche bona fides nicht ausgeschlossen, wenn nur dabei der Besitzer überzeugt ist oder glaubt, dass die Sache ihm angehöre. Denn jenes Wissen steht in keiner Beziehung zu seinem gegenwärtigen Herrschaftsverhältniss über die Sache an sich; es kann daher durch dasselbe seine Ueberzeugung von der Rechtmässigkeit seines Herrschaftsverhältnisses zur Sache in keiner Weise beeinträchtigt werden.

Dieses wird auch von unsren Quellen durchaus anerkannt; so namentlich in D. de usurp. 41, 3 l. 13 § 2, welche sagt: *Si mandavero tibi, ut fundum emas, ex ea causa traditum tibi diutina possessione capis, quamvis possis videri non pro tuo possidere, quum nihil intersit, quod mandati judicio tenearis.* Wenn nämlich Jemand von einem Anderen den Auftrag erhält, für ihn eine bestimmte Sache zu kaufen: so kann der Beauftragte den Auftrag in verschiedener Weise vollziehen. Er kann den Kauf in der Art schliessen, dass er dem Verkäufer

Digitized by Google

(§ 8) dabei bemerkt, er handle als Beauftragter des Anderen, und sich für Diesen die Sache übergeben lässt; in diesem Falle geht nicht auf den Beauftragten, sondern sofort auf den Auftraggeber der Besitz und das Eigenthum der Sache über (D. de domin. 41, 1 l. 13 pr., wenn aber die Sache dem Verkäufer nicht gehörte, der Usucapionsbesitz erst, wenn er von der Uebergabe Kunde bekommt). Der Beauftragte kann aber den Kauf auch in der Art schliessen, dass er dabei des erhaltenen Auftrags nicht erwähnt, sondern den Vertrag lediglich auf seinen eigenen Namen eingeht und sich die Sache für sich tradiren lässt; in diesem Falle geht Besitz und Eigenthum auf ihn über; er ist aber in Folge des erhaltenen Auftrags persönlich verpflichtet, seinem Auftraggeber die Sache zu tradiren und dadurch das Eigenthum auf ihn zu übertragen; D. de domin. 41, 1 l. 59. Von einem Falle der letzteren Art nun spricht die angef. l. 13 § 2; der Beauftragte hatte die Sache lediglich auf eigenen Namen, ohne des Auftrags zu erwähnen, gekauft und tradirt erhalten; es lag aber ein ihm unbekannter Mangel vor, z. B. der Verkäufer war nicht Eigenthümer. Hier besitzt er die justo titulo erworbene Sache bona fide und kann sie daher usucapiren, obwohl er weiss, dass er seinem Auftraggeber zur Herausgabe der Sache persönlich verpflichtet ist, da dieses Wissen bei dieser Frage ganz indifferent ist (*quum nihil intersit, quod mandati judicio tenearis*). Denn dadurch wird seine Fides in seinem Herrschaftsverhältniss zur Sache, sein Glaube, ihr Eigenthümer zu sein, in keiner Weise alterirt (vollendet er die Usucapion:

Digitized by Google

so wird natürlich dadurch seine Verbindlichkeit zur Herausgabe der Sache nicht ausgeschlossen; die Usucapion kommt dann seinem Auftraggeber zu gut d. h. dieser erwirbt durch die Herausgabe das Eigenthum der vom Beauftragten usucadirten Sache). — Aus dieser Stelle zieht schon Bartolus, wie Schirmer anführt, den allgemeinen Grundsatz: *qui scit, se actione personali tantum teneri, non est possessor malae fidei*, und dieser Grundsatz wurde auch später meines Wissens nicht bestritten[1]. Die Quellen erkennen (§ 8)

[1]) Nur wird häufig der angeführten l. 13 § 2 eine unrichtige Beziehung gegeben. Namentlich glaubt Stintzing *Ueb. d. Wesen der Bon. Fid.* S. 78, es handle sich hier um einen Betrug, der die Usucapion nicht hindere; es schade nichts, *dass der Erwerber so unredlich wie möglich ist*, *dass er sich sagen muss*, *er handle treulos.* Allein in der Stelle wird ein Betrug (welcher übrigens auch auf die bona fides in Betreff der Herrschaft über die Sache ohne Einfluss sein würde) nicht entfernt angedeutet, auch liegt ein solcher nicht in dem Falle, wie ihn Stinzing S. 77 construirt; s. gegen Stinzing auch v. Scheurl *Beiträge* ꝛc. ꝛc. S. 57, 58. Allein auch v. Scheurl gibt dem *quum nihil intersit* ꝛc. der l. 13 eine Beziehung, die es entschieden nicht hat (es stehe der Usucapion um so weniger etwas im Wege, *da es für den Vollmachtgeber gar nicht von Belang ist*, *ob der Bevollmächtigte für sich oder für ihn die Sache in Besitz genommen hat*, *da er ja doch jedenfalls mit der Mandatsklage haftet*); denn das abstracte *quum nihil intersit* kann nicht auf den Vollmachtgeber bezogen werden; auch kann es für den Vollmachtgeber sehr wohl von Belang sein, ob sein Beauftragter lediglich auf eigenen Namen kauft und sich tradiren lässt oder ob er sich gegen Verkäufer als Bevollmächtigter gerirt und sich für seinen Principal tradiren lässt. Auch der Auslegung, welche Windscheid Pand. § 176 in Nt. 7 andeutet, wird nicht beigestimmt werden können; denn wenn auch wirklich angenommen wird, dass der Beauftragte die Absicht hatte, das Erworbene dem Auftraggeber vorzuenthalten, oder dass er nicht blos im Behalten der Sache, sondern schon in der ursprünglichen Aneignung derselben ein Unrecht (gegen seinen Auftraggeber) that (z. B. wenn der Auftrag ausdrücklich dahin ging, für den Mandans sich tradiren zu lassen, der Mandatar aber ohne vom Mandat zu sagen sich für sich tradiren liess): so würde dadurch ebensowenig seine bona fides in Beziehung auf Besitz und Erwerb der Sache und seine Usucapion ausgeschlossen. — Eine richtige Auslegung der Stelle gibt Schirmer in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XV. S. 245—247.

Digitized by Google

(§ 9) an, dass selbst wenn der Besitzer die Sache unter einer Resolutivbedingung erworben, also das Bewusstsein hatte, dass im Falle des Eintretens der Bedingung die Erwerbung wieder aufgelöst und die Sache an den Auctor zurückfallen würde, er in diesem Falle doch bonae fidei possessor und in conditione usucapiendi sei, eben weil das Bewusstsein der Möglichkeit, dass er das Eigenthum wieder verlieren könnte, seiner bona fides keinen Eintrag thut. Er kann daher, wenn er unter einer solchen Bedingung eine Sache von einem Nichteigenthümer, den er für den Eigenthümer hielt, bekam, dieselben ersitzen; D. de usurpat. l. 19 (diese Stelle sagt: wenn Jemand von einem Nichteigenthümer eine Sache unter einer Resolutivbedingung gekauft und tradirt erhalten habe und später die Bedingung eintrete, also die Sache an den Verkäufer zurückgegeben werden müsse: so könne der Verkäufer die Besitzzeit des Käufers sich zum Zweck der Ersitzung anrechnen; sie erkennt also an, dass der Käufer, obwohl er wusste, dass er die Sache blos unter einer Resolutivbedingung bekommen habe, in bona fide gewesen sei; denn eine accessio temporis ist nur zulässig, wenn der Vorgänger selbst, also hier der Käufer, in conditione usucapiendi, also namentlich in bona fide war); s. auch D. de mort. c. don. 39, 6 l. 13 pr. l. 33.

§ 9. Die wichtige Frage, ob durch Zweifel, welche der Besitzer in Beziehung auf sein Recht hat, die bona fides ausgeschlossen und eine mala fides begründet werde, wird bekanntlich sehr verschieden beantwortet.

Zunächst muss man hier die Zweifel an der Mög-

Digitized by Google

lichkeit, ein Recht mit Erfolg geltend zu machen, also (§ 9) an der sichern Durchsetzbarkeit des Rechts wohl unterscheiden von den Zweifeln am Rechte selbst.

Die erstere Art von Zweifeln kann an sich dem guten Glauben keinen Eintrag bringen. Wir können an der Durchführbarkeit unsres Rechts sehr zweifeln und doch dabei die vollste Ueberzeugung von unsrem Rechte haben. Wer keine sichere oder genügende Beweismittel für sein Recht hat, kann bei der festesten Ueberzeugung von seinem Rechte dem Erfolge eines Prozesses über dasselbe sehr misstrauen; wer im besten Glauben den Besitz einer Sache erworben hat, kann, wenn er erfährt, dass bei dem Verhältnisse eine bestrittene Rechtsfrage eingreife, sehr im Zweifel sein, ob er einen Prozess über das Recht gewinnen würde, ohne dass durch diese Unsicherheit an sich der Glaube an sein Recht erschüttert würde, und so kann der Laie, wie der Jurist, bei dem entschiedensten Glauben an sein Recht aus verschiedenen Gründen der Durchführbarkeit desselben misstrauen.

Die entscheidende Frage betrifft die zweite Beziehung, den Zweifel über unser Recht oder an unsrem Rechte, an der Rechtmässigkeit unsres Besitzes. Dieser kann allerdings den guten Glauben ausschliessen; es ist dies aber keineswegs immer und nothwendig der Fall. Ist ein Zweifel von der Stärke, dass mit ihm der Glaube an unser Recht nicht vereinbar ist: so schliesst er natürlich den guten Glauben aus. Dies wird auch schon in dem Falle angenommen werden müssen, wenn die Zweifel für und die Zweifel gegen das Recht einander

Digitized by Google

(§ 9) dergestalt die Wage halten, dass man zu einem entschiedenen Glauben an das Recht nicht gelangen kann[2]. Wenn aber der Zweifel blos den Gedanken an die Möglichkeit, dass uns das Recht nicht zukommen könnte, erzeugt, jedoch der Gedanke und der Glaube an die Wirklichkeit des Rechts die Oberhand behalten, also das zur bona fides nöthige putare, existimare, credere, welches die Quellen verlangen, bestehen bleibt oder nicht gehindert wird: so wird dadurch die bona fides keineswegs ausgeschlossen. Wer z. B., was so häufig vorkommt, von dem nächsten besten Unbekannten kauft, kann manchen Zweifel darüber haben, ob der Verkäufer auch wirklich Eigenthümer der Sache oder über die Sache zu disponiren befugt gewesen sei. Wenn er aber von der Voraussetzung der Redlichkeit und von Dem, was die Regel ist, ausgeht und daher in dieser Beziehung einem Bedenken nicht maassgebenden Raum gibt: so ist ungeachtet seiner Zweifel seine bona fides nicht in Frage zu ziehen; vgl. auch l. 27 D. de C. E. 18: 1 *qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit.* Wer ferner eine Sache kauft und sich vom Verkäufer ein Entschädigungsversprechen für den Fall der Eviction leisten lässt, setzt allerdings es als möglich voraus, dass sein Auctor nicht der wahre Berechtigte sei; die Annahme einer solchen Möglichkeit aber ist, wie im vorigen Beispiele, noch nicht geeignet, ihm den Glauben an sein

---

[2] s. auch Windscheid Pand. § 176 Nt. 3, Schirmer a. a. O. S. 225 f.

Digitized by Google

Recht zu entziehen, und desshalb liegt in dem Verlangen eines solchen Versprechens noch keineswegs der Beweis eines Mangels an gutem Glauben; C. de evict. 8, 45 cst. 30. Auch ist dies nicht blos auf den Fall zu beschränken, wenn der Erwerber nur an die allgemeine oder objective Möglichkeit des Gegentheils dachte; es kann vielmehr seine Annahme der Möglichkeit durch concrete, bestimmte Gründe bestärkt sein und doch dadurch der Glaube an sein Recht noch nicht beseitigt werden. Wenn Jemand z. B. mit einem Anderen über ein Pferd im Handel steht und dabei weiss, dass derselbe früher einmal ein fremdes Pferd veräussert hatte: so wird er Zweifel über das Eigenthum des Verkäufers nicht ganz abweisen können; wenn er aber dabei davon ausgeht, dass aus dem ersten Fehltritte nicht ohne Weiteres auch ein zweiter zu folgern sei, und deshalb ungeachtet jenes Zweifels davon ausgeht, der Verkäufer sei Eigenthümer des Pferdes, und das Thier kauft: so ist seine bona fides bei Erwerbung des Pferdes nicht in Abrede zu ziehen. Ferner wenn Jemand im Begriff ist, ein Grundstück von X zu kaufen, aber von einem Dritten unter der Behauptung, ihm gehöre das Grundstück, vor dem Ankaufe gewarnt wird: so wird dem Kauflustigen die Möglichkeit sehr nahe treten, dass X. nicht Eigenthümer des Grundstücks sei; daraus folgt aber noch keineswegs, dass er diese Möglichkeit für eine Wirklichkeit annahm oder annehmen musste. Wenn daher bei ihm der Glaube an das Eigenthum des X. überwiegend war, sei es auch nur, weil er meint, unter diesen Um-

Digitized by Google

(§ 9) ständen würde ihm X. die Sache nicht verkaufen, wenn er nicht Eigenthümer wäre, und die Sache von ihm kauft: so kann bei ihm, obwohl er das Verhältniss nicht für ein ganz unzweifelhaftes hielt, die bona fides nicht geläugnet werden[3]. Selbst wenn nun wirklich jener Dritte gegen den Käufer die Eigenthumsklage wegen des Grundstückes anstellt: so kann zwar jener Zweifel bei dem Beklagten sehr verstärkt werden; aber an sich ist er auch dann noch keineswegs geeignet, seinen Glauben an das Eigenthum seines Auctors zu beseitigen. Der Beklagte soll sogar in einem solchen Falle von der Möglichkeit eines ihm nachtheiligen Ausfalles des Prozesses ausgehen, und deshalb treffen ihn von da an besondere Verpflichtungen z. B. für das Grundstück gehörig zu sorgen, Verschlechterungen von demselben möglichst abzuwenden, nicht über dasselbe zum Nachtheile des möglichen Berechtigten zu verfügen u. s. w., also Verpflichtungen, wie sie ein unredlicher Besitzer schon v o r dem Prozessanfang hat; aber ein wirklicher unredlicher Besitzer wird er durch eine solche Prozesseinleitung ungeachtet jener Zweifel keineswegs. Dies wird von unsren Quellen[4] und in unsrer Zeit auch durchaus von der herrschenden Mei-

---

[3]) Von einem solchen Falle spricht die cst. 17 C. de rei vind. 3, 32. Sie findet in jener Warnung noch keinen Grund anzunehmen, der Käufer habe mala fide contrahirt, sondern verlangt noch Nachweis anderer Thatsachen, wenn seine mala fides soll angenommen werden können; s. über die Stelle bes. Schirmer a. a. O. S. 227.

[4]) Meine Erörterungen a. d. Röm. ꝛc. ꝛc. Privatr. III 1846 S. 106—108.

Digitized by Google

nung anerkannt[5]. Unsre Quellen machen mit Recht Alles davon abhängig, ob der Besitzer meinte oder glaubte, in seinem Rechte zu sein[6]. Sind seine Zweifel über dieses Recht nicht von der Stärke und Bedeutung, dass jenes Meinen oder Glauben dadurch beseitigt werden musste: so kann die bona fides nicht verneint werden[7].

§ 10. Eine andere Ansicht stellte bei dem Prozesse, von welchem wir ausgingen, das von der Facultät zu Tübingen gefällte Urtheil in einer sehr ausführlichen Erörterung auf, welche hier vollständig zu geben leider nicht möglich ist. Dasselbe glaubt, einen Anhaltspunkt zur Entscheidung der Frage zunächst in der oben S. 9 angeführten cst. 30 de evict. 8, 45 zu finden. Die Stelle, ein Rescript, sagt: Non ex eo, quod duplam, qui a matre tua mancipium comparavit, evictionis nomine stipulatus est, alienae rei scientia convincitur, nec opinio ejus ex hoc laeditur, ut malae fidei emtor existimetur. Aliis itaque hoc indiciis, si vis, probare debes. — Nach dieser Stelle, sagt das Urtheil, erscheine nicht erst ein gewisses Wissen, sondern auch schon ein mangelhafter,

---

5) Arndts Pand. § 113 Anm. 3 Lit. b.

6) *Putare* (D. de V. S. l. 109, pro emt. 41, 4 l. 2 § 8, 15, de C. E. 18, 1 l. 27), *credere* (J. de usuc. 2, 6 pr., de rer. div. 2, 1 § 35), *existimare* (D. de usurp. l. 33 § 1).

7) S. die in Nt. 1 Angeführten und Moellenthiel *Ueber d. Natur d. guten Glaubens bei d. Verj.* 1820 S. 38 Nt. 118. Dieselbe Ansicht (dass das redliche Bewusstsein insolange vorliege, als die Zweifelsgründe an Stärke den Gründen für den Glauben an das Recht nachstehen) spricht auch das in der im Eingang erwähnten Prozesssache von der Facultät zu Giessen gefällte Urtheil aus.

Digitized by Google

(§ 10) man könne sagen, schlechter Glaube als mala fides; ja man könne fragen, ob nach dem Satzbau des Rescripts die mala fides nicht speziell und ausschliesslich auf jenen schadhaften Glauben zu beziehen sei, so dass darnach das scire rem alienam esse gar keine fides mehr wäre, der erschütterte Glaube dagegen noch ein Glaube, aber ein schlechter Glaube, eine mala fides; jedenfalls aber könne die Stelle nicht anders verstanden werden, als dahin, dass der *lädirte* Glaube bereits mala fides sei. Frage man nun aber, was unter den Ausdrücken des *lädirten* und *schadhaften* Glaubens für ein wirklicher Zustand desselben gemeint sei, so könne nur an den des Zweifels gedacht werden; der im Zweifel versunkene Glaube sei ein wankender, schadhafter geworden, entweder gar kein Glauben mehr oder ein schlechtes Glauben. Die Stelle sage also, der Umstand, dass der Käufer an die Möglichkeit einer dereinstigen Eviction denke, beweise noch nicht, dass er von dem Nichteigenthum des Auctors gewusst, ja nicht einmal, dass er an dem Eigenthum desselben gezweifelt habe; er müsste zudem auch das Dasein von concreten Thatsachen kennen oder vermuthen, welche eine Eviction als möglich erscheinen lassen; so lange er von solchen concreten Thatsachen nichts wisse, könne man nicht einmal von einem Zweifel an dem Rechte des Auctors reden. Wäre aber durch die Kenntniss derartiger Thatsachen einmal ein Zweifel begründet, dann wäre der Käufer auch malae fidei emtor. Nach Maassgabe dieser Stelle müsse man also sagen, dass schon der Zweifel an der Berechtigung

Digitized by Google

des Auctors mala fides sei. — Mit Recht nennt das Urtheil der Facultät zu Giessen (s. Nt. 6) diese Auslegung eine *gekünstelte*. Es wird durch sie in die cst. 30 (über welche besonders auch Schirmer a. a. O. S. 226 zu vergleichen ist) ein Sinn hineingetragen, der in der That nicht in ihr liegt. Das Rescript sagt einfach, aus der Evictionsstipulation ergebe sich noch keineswegs eine alienae rei scientia und werde die opinio des Stipulators nicht in der Art lädirt, dass von ihm angenommen werden könne, er sei malae fidei emtor; Letzteres müsste erst aus anderen Beweismomenten nachgewiesen werden. Von der Frage über Bedeutung der Zweifel ist in ihr nicht die Rede, und wenn sie je an diese Frage dachte, so verweist sie die Entscheidung darüber lediglich auf den Beweis der mala fides. (§ 10)

Das angeführte Tübinger Urtheil glaubt, dass zu dem von ihm behaupteten Resultate auch noch die Entscheidungen in D. pro emtor. 41, 4 l. 6 § 1 a. E. und C. de possess. 7, 32 cst. 10 a. E. führen. Allein auch hier ist nicht zu finden, was das Urtheil in diesen Stellen findet. Die l. 6 § 1 sagt, wenn Jemand 10 Sklaven, die er gekauft habe, besitze und glaube, einige davon haben dem Verkäufer nicht gehört, er aber nicht wisse, welche es seien: so könne er keinen von diesen Sklaven usucapiren. Dies ist auch ganz natürlich; denn hier kann er von keinem einzelnen Sklaven die Ueberzeugung haben, dass er ihm gehöre, weil er zugibt, es seien einige fremde unter den Sklaven, er wisse aber nicht, welche es seien; er muss also über jeden einzelnen Sklaven völlig im Zweifel sein, ob er

Digitized by Google

(§ 10.) ihm gehöre. Was aber die cst. 10 de possess. anlangt, so betrifft diese, von Anderem abgesehen, gar nicht die vorliegende Frage und es wird genügen, hiefür auf Glück Pandectencommentar VII S. 547—557 und auf Savigny System VI S. 89 zu verweisen.

Nach seinen Ausführungen kommt das genannte Urtheil auf das Resultat: Wenn man sich unter Zweifel nur nicht jenen blos allgemeinen Gedanken an die objective Möglichkeit eines Unrechts, oder einen ganz unbegründeten, blos von ängstlicher Besorgniss eingegebenem Zweifel, sondern jene Gattung von Vermuthungen oder Argwohn vorstelle, welche *in den Umständen hinreichende Veranlassung haben,* dann könne man von Dem, der an dem Rechte oder der Vollmacht seines Auctors zweifle, nicht mehr sagen, dass er von dessen Unrecht nichts wisse, geschweige denn, dass er an des Auctors Recht oder Vollmacht glaube und darein vertraue, folgerecht nicht mehr sagen, dass er in bona fide sei, wonach nur mehr übrig bleibe, dass er in mala fide sei. — Seine Ausführung schliesst es mit der Behauptung, es könne *als über alle Zweifel erhaben angenommen werden: dass guter Glaube des Besitzers an sein Recht nur im Irrthum, nicht auch schon im Zweifel bestehen kann.*

Allein dass überhaupt nicht schon jeder concrete Zweifel in Bezug auf das Recht des Auctors eine mala fides zu begründen im Stande sei, ergiebt sich aus dem oben Ausgeführten. Es kommt ganz darauf an, ob der Zweifel von solcher Stärke und Bedeutung ist, dass der

Digitized by Google

Erwerber überhaupt das Recht des Auctors bezweifelt (§ 11.) und deshalb an sein eigenes Recht nicht glaubt. Von selbst versteht sich aber, dass ein guter Glaube im blosen Zweifel nicht bestehen kann, und dass, wenn der Besitzer materiell im Unrecht sich befindet, zu seinem guten Glauben ein Irrthum erfordert wird. Allein damit ist die Frage über die Bedeutung der Zweifel überhaupt nicht gelöst.

§ 11. Schon viele ältere Civilisten unterscheiden bei der Frage über die Bedeutung der Zweifel für die bona fides, ob es sich von Zweifeln handelt, die man schon bei der Erwerbung des Besitzes hatte, oder von Zweifeln, die erst später, nach dieser Erwerbung auftauchten. Dieser Unterscheidung liegt, wenn auch Manches sich gegen die Weise, wie sie von den Aelteren durchgeführt wurde, einwenden lässt, ein richtiger Gedanke zu Grunde. Hatte der Besitzer sich in gutem Glauben in den Besitz der Sache gesetzt: so gehört eine ganz besonders starke Kraft dazu, den in ihm bestehenden guten Glauben in das Gegentheil umzuwandeln; blose Zweifel werden hierzu nicht genügen. Wenn z. B. der nächste Intestaterbe eines Verstorbenen in dem Glauben, die Intestaterbfolge sei eröffnet, Besitz von dem Nachlass nahm, später aber erfährt, der Verstorbene habe ein Testament hinterlassen: so wird er allerdings grosse Bedenken wegen seines Rechtes bekommen; aber der Glaube an sein Recht wird dadurch noch nicht aufgehoben; denn auch der Gewissenhafteste wird sich sagen, es komme erst darauf an, was das Testament

Digitized by Google

(§ 11) enthalte und ob es gültig sei, und bis zur Vergewisserung hierüber sei er in seinem Rechte. Zu einer Umwandlung der bona fides in eine mala fides werden Momente erfordert, welche den Besitzer zu der entschiedenen Ueberzeugung brachten oder bringen mussten, dass er sich getäuscht habe, die also in ihm das Bewusstsein seines Unrechts begründen mussten. Deshalb verlangt das Canonische Recht (X. de praescript. 2, 26 cap. 20) bei der Ersitzung, wenn soll angenommen werden können, die bei dem Besitzer vorhandene bona fides sei durch ein späteres Ereigniss beseitigt worden, es sei also eine sog. malafides superveniens eingetreten, den Nachweis einer eingetretenen entschiedenen Unredlichkeit, einer *conscientia rei alienae*, in die der Besitzer versetzt worden sei[8], und auch die Quellen des Römischen Rechts, welche einer male fides superveniens bei der Ersitzung keinen hemmenden Einfluss geben, aber in anderen Beziehungen von einer mala fides superveniens sprechen, nehmen, soweit wir aus den betreffenden Stellen schliessen können, dieselbe nur bei entschiedenem Bewusstsein des Unrechts an; s. D. de usur. 22 1 l. 25 § 2 (*cognovit fundum alienum esse*), de domin. 41, 1 l. 48 § 1 (*deinde cognovero alienam esse*), de usurpat. 41, 3 l. 4 § 18 (*si cognoverit alienam esse*), de hered.

---

[8]) Dafür namentlich auch Unterholzner, Verjährungslehre I § 98 S. 330, 331, v. Vangerow Pandekt. § 323 Anm. 1 Nr. 2, Böcking Pandekt. d. Röm. Privatr. II § 147 Nt. 58 a. E., Arndt's Pandekt. § 160 Anm. 5. vgl. auch Windscheid Pandekt. § 177 Nr. 4 a. E.

Digitized by Google

petit. 5, 3 l. 25 § 5 (*postea vero conscius ad se nihil* (§ 12.) *hereditatem pertinere*).

§ 12. Die Redlichkeit wird vom Rechte bis zum Beweise des Gegentheils stets vorausgesetzt und bedarf nicht erst eines besonderen Rechtfertigungsgrundes. Soweit daher guter Glaube die Grundlage und Bedingung eines Rechtserwerbs ist, hat Derjenige, welcher das Recht geltend macht, ihn nicht besonders anzuführen und zu beweisen; vielmehr ist, wenn der Gegner durch Behauptung der mala fides das betreffende Recht läugnet, dieses eine Einrede, beziehungsweise Replik, welche er zu beweisen hat. Es ist dies ein für die rechtlichen Lebensverhältnisse nothwendiger Grundsatz; auch war die herrschende Ansicht von der Glosse an stets für ihn. Zwar ist er von unsren geschriebenen Quellen nicht direct ausgesprochen; auch wird er von einzelnen Civilisten bestritten. Aber jedenfalls wurde und wird er in der Rechtssprechung so allgemein und nachhaltig anerkannt, dass er als gewohnheitsrechtlich feststehend betrachtet werden muss. Nur darf man nicht, wie es meist geschieht, diese gesetzliche Voraussetzung oder Annahme der bona fides zu den Rechtsvermuthungen (praesumtiones juris) zählen. Die letzteren befreien in Beziehung auf die zu erweisende Thatsache nicht von der Beweislast, sondern erleichtern sie nur, indem bei ihnen eine andere Thatsache zu erweisen ist, aus welcher das Gesetz den Schluss auf die zu erweisende Thatsache zieht. Die gesetzlichen Voraussetzungen oder Annahmen aber befreien völlig von der Beweislast der

Digitized by Google

(§ 12) betreffenden Thatsache; Derjenige, dessen Recht durch sie bedingt ist, hat sie gar nicht als Grundlage seines Rechts (als Theil seines Klagegrundes oder seiner Einrede) besonders anzuführen und beizubringen; läugnet der Gegner das Dasein einer solchen vorausgesetzten Thatsache: so ist dies nicht ein Läugnen des Klage- oder Einredegrundes, sondern eine selbstständige Behauptung, eine Einrede oder Replik des nicht entstandenen Rechts, welche er anzuführen und zu beweisen hat.

Wer sich daher auf ausserordentliche Ersitzung beruft, hat nur seinen dreissigjährigen Besitz, nicht aber seine bona fides, obwohl sie ein Erforderniss der Ersitzung bildet, anzuführen und zu beweisen. Es ist Sache des Gegners, die mala fides des Besitzers als Einrede nachzuweisen[1]. Handelt es sich daher von einem Rechtsirrthum des Ersitzenden: so hat sein Gegner solche Thatsachen nachzuweisen, aus denen sich ergibt, dass vernünftigerweise nicht angenommen werden könne, Jener habe sich in einem Rechtsirrthum befunden.

Bei dem ersten Verfahren kann das Verhältniss sich so gestalten, dass der Richter zwar annehmen zu müssen glaubt, aus den vom Gegner des Ersitzenden beigebrachten Thatsachen würde sich an sich eine mala fides des

---

[1]) Auch die in dem vor § 1 erwähnten Prozesse ergangenen Urtheile erkannten dieses an und zwar zum Theile unter Beziehung auf das allgemein in der Rechtsübung Angenommene; s. auch das Urtheil des OAG. zu Celle v. 1861 in Seufferts Archiv XVI Nr. 9.

Digitized by Google

Letzteren ergeben, aber dabei doch den Zweifel hat, ob nicht aus anderen, von dem Letzteren angeführten Thatsachen auf das Gegentheil geschlossen werden müsse. In einem solchen Falle kann natürlich die mala fides noch keineswegs als erwiesen angenommen werden, eben weil sie durch die letzteren Thatsachen ganz in Frage gestellt wird. Es ist daher in demselben dem Gegner der Beweis der mala fides aufzuerlegen, und dann hat der über diesen Beweis erkennende Richter nach dem gesammten Resultate des Beweises und des Gegenbeweises zu entscheiden, ob unter den vorliegenden Umständen wirklich mala fides als erwiesen angenommen werden könne. Würde in einem solchen Falle der Ersitzende in seinem Gegenbeweise versuchen, positiv seine bona fides zu beweisen, dies ihm aber nicht gelingen: so könnte doch nicht gegen ihn entschieden werden, wenn als Gesammtresultat sich ergeben würde, dass seinem Gegner es nicht gelungen sei, die mala fides nachzuweisen. Der Ersitzende hätte in einem solchen Falle nur einen Beweis versucht, den er, wenn ihm die mala fides nicht nachgewiesen werden kann, zu versuchen gar nicht nöthig hatte; denn der Versuch eines solchen Gegenbeweises hat nur eventuelle Bedeutung; gelingt dem Gegner der ihm auferlegte Hauptbeweis nicht: so ist jener Versuch indifferent. Bei der Beurtheilung dieses Hauptbeweises aber hat das Gericht, welchem das Erkenntniss über denselben zusteht, blos seiner Auffassung über die Bedeutung der vom Beweisführer vorgebrachten Thatsachen Folge zu geben. Dasselbe hat daher, wenn

Digitized by Google

(§ 12) der Ersitzende sich darauf beschränkte, die Beweiskraft der von seinem Gegner für die mala fides vorgebrachten Thatsachen zu verneinen, oder den Versuch eines Gegenbeweises damit verband, den Gegner abzuweisen, sobald es zu der Ueberzeugung gelangt, dass die vom Gegner angeführten Thatsachen keineswegs zu dem Schlusse geeignet seien, der Ersitzende habe dadurch in malam fidem versetzt werden müssen. Denn ist einmal diesem Gegner der Beweis der mala fides auferlegt worden, so kann der über den Beweis erkennende Richter in Betreff der Bedeutung der im ersten Verfahren für die mala fides vorgebrachten Thatsachen durch die Ansicht der Gerichte, welche den Beweis auferlegt hatten, nicht gebunden werden; ihm kommt es nun zu, nach seinem freien gewissenhaften Ermessen zu erkennen, ob jene vom Gegner angeführten Thatsachen wirklich von der Beschaffenheit seien, dass aus ihnen ein Schluss auf die mala fides gezogen werden müsse, indem nun lediglich ihm das Urtheil über den vom Gegner versuchten Beweis zukommt.

Den Schluss der Abhandlung zu geben, muss ich auf eine andere Gelegenheit verschieben, um nun auf die Veranlassung des vorliegenden Programms überzugehen.

Es wurden nämlich von einem eifrigen Gönner der Wissenschaft,

Dr. JOHANN GOTTHELF MARTINI,
weiland Obersteuerprocurator und Senator zu Dresden,

zur Unterstützung der Studien auf unsrer Universität drei sehr ansehnliche Stipendien mit der Bestimmung

Digitized by Google

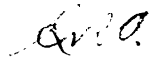
gestiftet, dass dieselben von unsrer Universität an zwei Studirende der Rechtswissenschaft und an einen Studirenden der Medicin je auf drei Jahre vergeben werden sollen. Dabei setzte der Stifter in seinem letzten Willen fest, dass in jedem Jahre das Andenken an ihn und das Gedächtniss der Stiftung durch eine öffentliche Rede gefeiert werden soll. Diese Feierlichkeit steht nun bevor. Es wird zu diesem Zwecke

Herr Kurt Weinert aus Kirchberg,
Studirender der Rechte,

eine Rede *de origine et progressu juris puniendi, quo ecclesia usa est* am kommenden 28. Jun. Vormittag 9 Uhr in dem Saale unsrer Facultät halten und dem Danke, den wir dem verdienten Stifter zollen, Ausdruck geben.

Wir beehren uns, das Oberhaupt und die Mitglieder der Universität und alle Gönner, Freunde und Angehörige derselben zu dieser Feierlichkeit hiermit ergebenst einzuladen.

LEIPZIG, am 20. Jun. 1870.



Digitized by Google

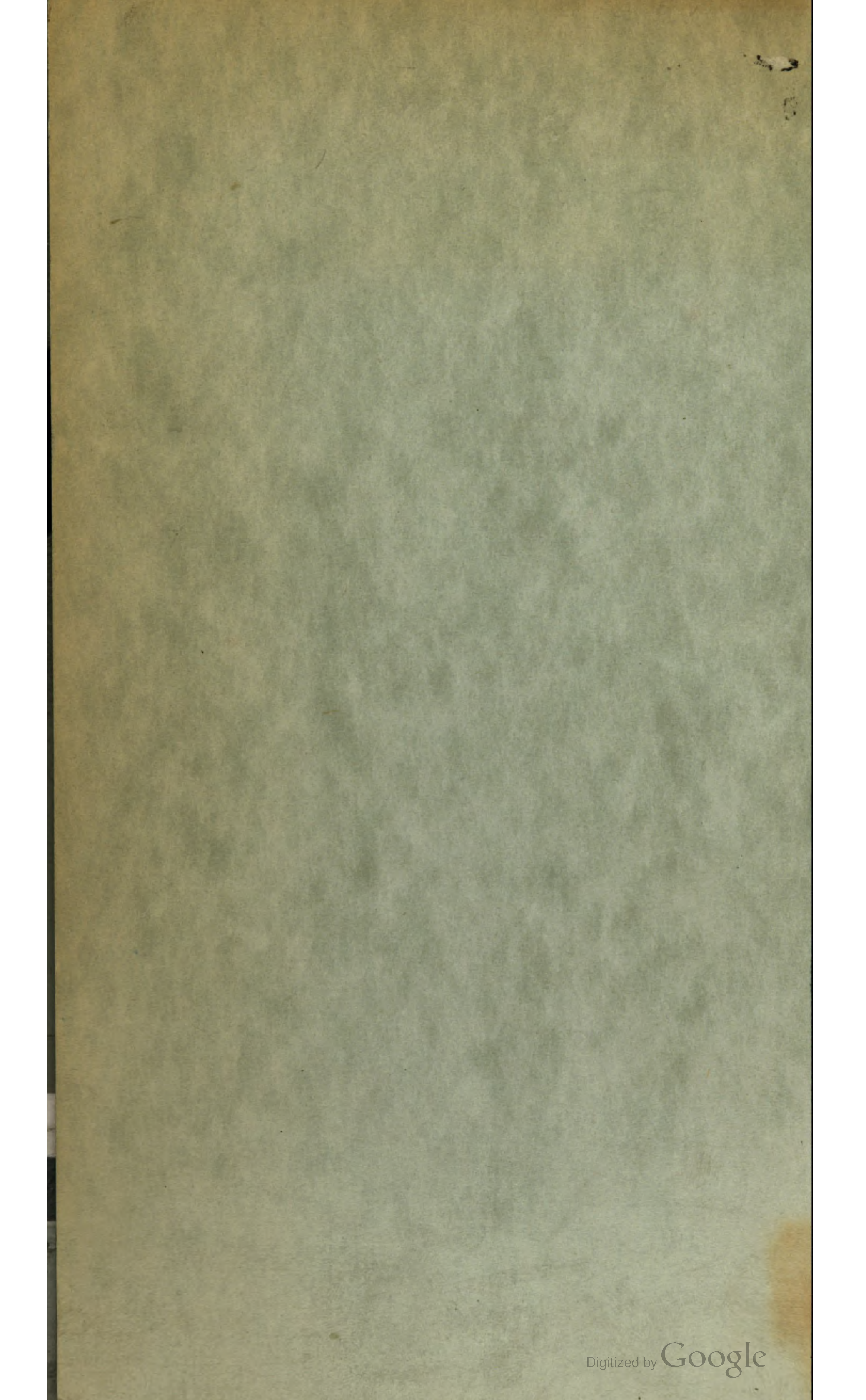
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google


Digitized by Google